IX.

Beiträge zum römischen Pfandrecht.

Von Herrn Dr. Gustav Adolf Schlayer
in Stuttgart.

(Schluß des Aufsatzes Nr. V).

§. 7. Ueber die hypothekarische Succession bei theilweiser Abtragung der Vorschuld.

I. Einfacherer Fall, wo der Vorhypothekar von einem Darleiher, Käufer oder Nachpfandgläubiger blos um einen Theil seiner Forderung befriedigt wird, der Rest der Schuld aber bei dem Vorhypothekar stehen blieb.

Dernburg, der zunächst den Fall der Abfindung durch einen Darleiher im Auge hat, entscheidet die Frage folgendermaßen [37]):

„Die theilweise Abzahlung durch den B kann das Pfandrecht des A für den Rest, der stehen bleibt, so wenig verschlechtern, als wenn ihn der Schuldner nur zum Theil gezahlt hätte. Er konnte von Anfang in Bezug auf seine Forderung frei entscheiden, welchen Theil er zuerst aus dem Pfandverkauf tilgen will, welchen Theil er erst nachher gewissermaßen als zweite Hypothekenforderung betrachten will, und so ist er auch jetzt noch berechtigt, auf den Theil, der bei ihm stehen bleibt, zuerst abzurechnen. Der erste Hypothekar wird demnach regelmäßig den Vorrang behalten, und der Abfindende sich mit der zweiten Stelle begnügen müssen."

Eine gewisse Billigkeit scheint zunächst für den Vorzug des Abfindenden zu sprechen, während, um bei dem von Dernburg gewählten Beispiel stehen zu bleiben, B mit seiner Forderung von 2000 Gulden nach dessen Theorie leer ausginge, da der Pfanderlös mit 2000 Gulden eben gerade noch zu Tilgung des Restes der Forderung mit ursprünglichen 4000 Gulden hinreicht. Solang indeß eben eine solche aequitas

37) Bd. 2 S. 513.

nicht positivrechtlich anerkannt ist, was, wie wir oben bei einer andern Veranlassung gesehen haben, nur mit Vorsicht geschehen kann, haben wir uns lediglich an die Consequenz der Rechtsprincipien zu halten. Ehe wir uns aber die Frage näher ansehen, ist es nöthig, einem Hauptsatz der Beweisführung Dernburg's entgegenzutreten. Eine Abrechnung auf verschiedene Theile einer und derselben, aus gleichartigen Fungibilien bestehenden Forderung nämlich scheint mir geradezu undenkbar. Ich halte dies für juristisch ebenso unmöglich, wie wenn man etwa im Gebiete der Physik versuchen wollte, die Quote der in einem unabgetheilten Cylindergefäß befindlichen Flüssigkeitsmasse, die sich oben oder unten befände, auszuschöpfen. Der Gläubiger kann bei einer und derselben Forderung mit dem besten Willen nicht verschiedene Theile unterscheiden, auf welche er bei dem Pfandverkauf zuerst oder nachher abrechnen wolle: etwas der Art ist nur bei verschiedenen Forderungen oder bei Accessorien einer Forderung möglich, nimmermehr aber bei Einer Hauptforderung, die, so lange sie nicht durch Zutheilung an verschiedene Inhaber, sei es nun im Wege der Universal- oder Singularsuccession, in Wahrheit getheilt wird, in ihren einzelnen Theilen nur quotativ zum Ganzen unterschieden werden kann. Auch mit der stärksten Phantasie kann ein Gläubiger sich nicht aus Einer Hypothekenforderung von beispielshalber dreihundert Gulden drei Forderungen mit je 100 Gulden und erster, zweiter, dritter Hypothek schaffen; weil man eben auf juristischem Boden, so nöthig auch hier die Phantasie für Combinationen ist, doch niemals phantasiren darf. — Wenn aber die ursprüngliche Forderung durch den B theilweise getilgt ist, dann kann es sich offenbar nicht mehr um ein Wahlrecht des A handeln, ob eine spätere Zahlung auf diesen oder jenen Theil seiner Forderung abgerechnet werden soll; vielmehr handelt es sich jetzt lediglich darum, wie das Gesetz den Abfindenden und den Abgefundenen locirt wissen will.

Man könnte nun in der ganzen Frage auf den ersten Blick[38]) folgendermaßen argumentiren zu müssen glauben:

38) Ich hatte selbst in einer frühern Abhandlung etwas rasch und dreist angenommen, daß aus der sg. Untheilbarkeit des Pfandrechts die

Die hypothekarische Succession sei das Einrücken des einen vorgehenden Gläubiger zufolge Darlehensvertrags mit dem Schuldner, zufolge Novation (wobei auch die Person des neuen und alten Gläubigers ausnahmsweise identisch sein kann), ferner aus dem Kaufpreis des Pfands, endlich zufolge des jus offerendi abfindenden neuen Gläubigers mit dem ihm zukommenden dinglichen Rechte (Pfand-, beziehungsweise Eigenthumsrecht) in das Prioritätsverhältniß des abgefundenen. Nun sei aber, könnte man fortfahren, bei den bekannten Grundsätzen der römischen Juristen über die regelmäßige Unzulässigkeit der Stückzahlung einer- und über die von den Neuern häufig so genannte Untheilbarkeit des Pfandrechts andererseits durchaus nicht anzunehmen, daß diese Succession vor vollständiger Beseitigung des alten Pfandrechts eingetreten sei; mindestens müßten wir darüber ganz unzweideutige Quellenzeugnisse besitzen: solche mangelten aber nicht nur, sondern es sprächen vielmehr eher für die Unzulässigkeit der hypothekarischen Succession in solchem Fall folgende Stellen:

Cod. VIII, 18 qui potiores in pignore habeantur. Cst. 5.

Imp. Alexander A. Septimio.

Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre; sed si tu illi omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur.

Die Stelle spreche zwar nur von dem jus offerendi, allein das Gleiche müsse der Einheit des Prinzips wegen auch von den andern Fällen der hypothekarischen Succession gelten.[39])

Unzulässigkeit der hypothekarischen Succession bei blos theilweiser Befriedigung des Vorpfandgläubigers unmittelbar folge. Durch eine gründliche Erwägung des Wesens der hypothekarischen Succession nach der genialen Ausführung Dernburg's habe ich mich jedoch von dem Gegentheil überzeugt.

39) Die Frage von der hypothekarischen Succession im Fall theilweiser Befriedigung findet sich bei unsern Juristen gewöhnlich übergangen: vgl. aber Gesterding Pfandrecht S. 300, der aus Anlaß obiger Stelle bemerkt: „Wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts würde bei einer par-

Dig. XX, 4 qui potiores. L. 21 pr.

Scaevola libro 27 Digestorum.

Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit; quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Offenbar sei hier stillschweigend vorausgesetzt und eben deshalb nur angedeutet, daß die blos theilweise Abfindung des Vorpfandgläubigers aus einem neuen Anlehen mit Verpfändung derselben Sachen keinerlei Beeinträchtigung des Prioritätsrechts des Vorpfandgläubigers bewirke, nicht, wie die Novation der (sc. ganzen, zur Zeit der Novation noch restirenden) Forderung, eine hypothekarische Succession zur Folge habe.

Wenn indeß aus andern Gründen die Zulässigkeit hypothekarischer Succession bei blos theilweiser Befriedigung nachzuweisen ist, so bildet L. 21 cit. kein ernstliches Hinderniß, da sie jedenfalls in dieser Hinsicht nur andeutend spräche, und namentlich nicht hervorhebt, daß der Fiskus die Verwendung des Geldes zu theilweiser Abfindung des Vorpfandgläubigers bedungen habe. Was aber die cst. 5 cit. betrifft, so scheint sie zwar auf den ersten Blick entscheidend, kann indeß auch ganz ungezwungen so ausgelegt werden, daß sie der von uns gleich auszuführenden richtigen Ansicht keineswegs entgegensteht. Der Kaiser macht nämlich den Anfragenden implicite darauf auf-

---

tiellen Befriedigung des vorhergehenden Pfandgläubigers Pfandrecht ganz fortdauern und keine Succession möglich; er würde ohnehin nicht verbunden sein, eine partielle Zahlung anzunehmen." Letzteres ist richtig. Wie aber, wenn er Stückzahlung annimmt?

merksam, daß sein Zweck nur durch Anbieten der ganzen Schuld sicher erreicht werde, indem sich ja der Vorhypothekar Stückzahlung nicht gefallen zu lassen braucht.

Das Richtige dürfte nun Folgendes sein: Wenn eine Pfandsache zum Verkauf kommt und die Rechte mehrerer Pfandgläubiger bei Vertheilung des Erlöses in Betracht zu ziehen sind, so fragt sich, falls eben nicht alle Pfandforderungen befriedigt werden können, in welcher Ordnung sie zur Befriedigung kommen, wie also die hier obwaltende Collision gelöst werden müsse. Im Allgemeinen scheint es nun gerecht und ist demgemäß auch von den römischen Juristen angenommen, das Alter der Pfandbestellung, bez. bei Pfanderspektanzen (sc. durch Vertrag mit einem und demselben Verpfänder) der Pfandconvention entscheiden zu lassen. Dieser Gesichtspunkt aber, einseitig festgehalten, hätte wieder in manchen Fällen zu großen Ungerechtigkeiten geführt, im Besondern, wenn ein Pfandgläubiger durch seine Vorschüsse die Pfanderspektanzen Anderer erst verwirklicht oder die Erhaltung des Pfandgegenstands ermöglicht hatte. Einen solchen ließen daher schon die Juristen der classischen Zeit den andern Pfandgläubigern vorgehen, jedoch, wie wir nach dem Geist der Sache annehmen dürfen, eben nur insoweit, als der Nutzen zur Zeit der Vertheilung des Erlöses noch nachwirkte, so weit also nicht die Sache seit der Aufwendung des betreffenden Gläubigers durch Zufall wieder ganz oder theilweise zerstört und etwa aus Mitteln Anderer wieder hergestellt worden war. Denken wir uns nun aber weiter, daß sich bei der Liquidation der verschiedenen Pfandforderungen ein Pfandgläubiger meldete, welcher nachweisen konnte, daß er dem Gemeinschuldner eine gewisse Geldsumme zu Abfindung eines älteren Gläubigers geliehen habe, und daß dieser ältere Pfandgläubiger in der That aus diesem Anlehen abbezahlt worden sei, so mußte man es gewiß bald sehr unbillig finden, diesen Gläubiger vielleicht gegen zwei, drei u. s. f. Nachpfandgläubiger hintanzusetzen und ihm am Ende das leere Nachsehen zu lassen, während er und der Schuldner vielleicht optima fide, einem natürlichen Rechtsgefühle folgend, das Einrücken in die Stelle des Abgefundenen vorausgesetzt haben mochten. Die gleiche, ja zum Theil wo möglich

noch eine größere, Billigkeit sprach im Fall der Novation, des jus offerendi und vornehmlich der Abfindung aus dem Kaufpreis dafür, daß man die berechtigten Erwartungen des neuen Pfandgläubigers, beziehungsweise des Käufers nicht täuschte, und so ein Einrücken in das Vorzugsrecht der Abgefundenen verstattete. Unmittelbar trafen hier allerdings jene Rücksichten nicht zu, die so natürlich zu einer Bevorzugung (oder vielmehr dem innern Werth angemessenen Locirung) der Pfandforderungen mit in rem versio führten. Nicht die Existenz der Nachpfandrechte überhaupt oder deren Forterhaltung wurde durch den neuen Gläubiger, beziehungsweise Eigenthümer, bewirkt; aber es konnte doch in vielen Fällen die Wirksamkeit der Nachpfandrechte durch sein Eintreten erhalten worden sein. Man denke an den Fall, wo der erste Pfandgläubiger z. B. in einer Zeit der Geldkrisis die Pfandsache ohne dieses Eintreten zum definitiven Pfandverkauf gegen einen Spottpreis gebracht hätte. Aber auch abgesehen von solchen besondern, übrigens im Lauf der Jahrhunderte nicht nur, sondern häufig der Jahrzehnte keineswegs seltenen, Fällen — wie ungerecht hätte das Gegentheil namentlich im Fall der Novation und des Weiterverkaufs des Pfandes erscheinen müssen! Der Umstand also, daß man ein altes Obligationsverhältniß in dieser oder jener Hinsicht neu ordnen wollte, was eben die formelle Zerstörung der alten obligatio zur Folge hatte, sollte den nachstehenden Gläubigern ohne all' ihr Verdienst und Zuthun einen möglicherweise so erheblichen Vortheil gewähren. Der Käufer, der seine Schuldigkeit an den Vorpfandgläubiger entrichtet, sollte davon nicht den entsprechenden, möglicherweise gar keinen Vortheil gehabt und Mühe, Zeit und Geld fruchtlos für etwaige Nachhypothekarien aufgewandt haben! Dieselben Rücksichten der Gerechtigkeit und der Förderung des Verkehrslebens, wie in diesen beiden Fällen, trafen aber auch im Fall eines zum Zweck der Abfindung aufgenommenen und hiezu verwandten Anlehens zu. Das jus offerendi endlich, von der höchsten Bedeutung für die Interessen des Schuldners wie der Pfandgläubiger, ein, wir möchten sagen, fast unentbehrliches Supplement jedes Hypothekensystems, steht und fällt natürlich mit der hypothekarischen

Succession: sie ist von seinem Begriff unzertrennlich. Es ist gewiß nicht unwahrscheinlich, daß die Entwicklung so weiterschritt, daß, was man zunächst bei dem Kauf und dem jus offerendi, sodann auch bei der Novation angenommen, schließlich auch noch auf den Fall der Abfindung durch einen dritten Darleiher übertragen wurde. Da es sich nun aber bei dieser s. g. hypothekarischen Succession nicht von einem eigentlichen succedere in das fremde Pfandrecht, sondern nur in das prioritätische Verhältniß, das Vorzugsrecht der ältern Forderung, handelt, so steht ihr auch bei theilweiser Abfindung der alten Forderung ein prinzipielles Hinderniß in keiner Weise entgegen. Hiemit harmonirt auch ganz die Analogie der in rem versio. Nach einer Stelle Papinian's nämlich soll bei einer solchen der jüngere Pfandgläubiger bis zum Belauf der von ihm gemachten Verwendung den Vorrang haben.[40]) Ebenso, wird man schließen dürfen, hat auch eine hypothekarische Succession bei theilweiser Abzahlung des Vorhypothekars einzutreten: eine solche Zahlung kann doch nicht blos zum Vortheil der in der Mitte befindlichen Gläubiger wirken.

Was sodann das Verhältniß des theilweise abfindenden Pfandgläubigers zum abgefundenen betrifft, so scheint mir hier eine Analogie zu bieten

Dig. XX, 4 qui potiores. L. 7 pr. Ulpianus libro III Disputationum.

Idemque est, si ex numis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum numis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quodsi res non

40) Dig. XX, 4 qui pot. in pign. L. 3 §. 1. Papinianus libro XI. Responsorum: „Quum ex causa mandati praedium Titio cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit; prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset; verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiorem fore constaret; nisi forte prior ei pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum."

in totum ex numis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, et antiquioris, et ejus, cujus numis comparata est.

Der Satz idemque—comparata, der die Fortsetzung zu L. 5 eodem bildet, subsumirt im Allgemeinen das Legalpfand der Pupillen wegen mit ihrem Geld angeschaffter Sachen unter die Regel der Privilegirung wegen in rem versio. Sodann wird für den Fall der Anschaffung von Pfandsachen aus den Geldern zweier Pupillen für das Verhältniß zwischen diesen Concurrenz nach dem Betrag der beiderseitigen Auslagen festgesetzt. Endlich wird auch noch der etwas verwickeltere Fall erwähnt, wo eine Sache blos theilweise aus Zuschüssen eines Pfandgläubigers und im Uebrigen, wie man ergänzen muß, aus Mitteln des Schuldners angeschafft worden ist. In diesem Fall soll zwischen dem ältern Gläubiger, beziehungsweise, wie man nothwendig annehmen muß, auch einer Mehrheit solcher älterer Gläubiger und demjenigen, der eine theilweise in rem versio bewirkt hat, Concurrenz eintreten. Es wird nicht überflüssig sein, sich die Art dieser Concurrenz durch ein Beispiel zu vergegenwärtigen. Wenn also z. B. A als älterer Gläubiger 1000 fl. zu fordern hätte, der Gläubiger mit in rem versio (B) aber 500, so könnte man zunächst annehmen, daß bei einem Pfanderlös von 1000 A hievon ²/₃, B ¹/₃ anzusprechen hätte, A somit 666 fl. 40 kr., B 333 fl. 20 kr. Dennoch wäre diese Entscheidung gewiß nicht richtig, wie sogleich in die Augen springen wird, wenn wir folgendes Beispiel wählen. Setzen wir, die Forderung des A betrüge statt 1000 fl. das Doppelte hievon, also 2000 fl., so würde B am Erlös nur 200 fl. erhalten, während er dort wie hier, 500 fl. aufgewandt hätte. Man könnte deshalb versucht sein, weiter zu sagen: Nicht nach dem Verhältniß des Betrags der in rem versio zu dem jeweiligen Betrag der ältern Pfandschulden, sondern nach dem Verhältniß der in rem versio zum Werth der Pfandsache, und zwar zur Zeit, wo der — noch jetzt wirksame — Aufwand erfolgte, müssen sich die Concurrenzraten richten. War also die Sache in dem erstgenannten Beispiel zur Zeit ihrer Erwerbung 1500 fl. werth, so hat B durch seinen

Zuschuß zu einem Drittheil dazu mitgewirkt, daß die älteren Pfandexspektanzen verwirklicht wurden; er kann also für ein Drittheil seiner ganzen Pfandforderung zunächst Befriedigung ansprechen, die übrigen zwei Drittheile dagegen rangiren in der gewöhnlichen Ordnung, wonach sie also im vorliegenden Beispiel durchfallen würden. Offenbar soll hier, würde man demnach sagen, keinenfalls schlechthin ein concursus pro rata der Forderungen eintreten, so daß, wenn zufällig viele ältere Gläubiger oder solche mit bedeutenden Posten concurrirten, nur ein kleiner Bruchtheil des Erlöses an den Gläubiger mit in rem versio käme; sondern das Verhältniß ist nach Art einer communio incidens anzusehen; der Schuldner und der Gläubiger mit versio in rem haben je einen Theil des Kaufpreises eingeworfen; nach Verhältniß dieser Einlage soll der unzureichende Erlös zwischen den die Stelle des Schuldners vertretenden älteren Gläubigern und dem creditor mit in rem versio vertheilt werden. Richtiger jedoch wird man den concursus unserer Stelle so auffassen, daß der ältere Gläubiger erst nach vollständiger Befriedigung des creditor ob utilitatem aus dem Ueberschuß des Erlöses zur Befriedigung kommt. In der That dürfte sich dies auch, wenn man einmal die privilegirten Pfandrechte wegen in rem versio anerkennt, aus allgemeinen Gründen mehr empfehlen. Derjenige, welcher einen Theil, zumal einen bedeutenderen des Kaufpreises vorschießt, wird häufig dadurch allein die Anschaffung der Sache ermöglichen: es erscheint also billig, daß er bezüglich dieses Theiles, d. i. seiner ganzen Aufwendung, zur Befriedigung gelange. Ich glaube daher, daß auch schon Ulpian im Schlußsatz der Stelle nicht die gleiche Concurrenz statuiren wollte, wie unmittelbar vorher, wo allerdings eine Concurrenz pro rata zwischen den beiden gleich privilegirten Gläubigern höchst natürlich war und demgemäß auch in unzweideutigen Worten festgesetzt ist.

Wie werden nun die Römer entschieden haben, wenn sich ein auf den Grund theilweiser Zahlung hypothekarische Succession Ansprechender meldete?

Wir möchten uns dahin aussprechen, daß sich nach Ana-

logie der L. 7 pr. cit. höchstens eine Concurrenz des theilweise Abfindenden mit dem Vorpfandgläubiger rechtfertigen läßt, und im Uebrigen ein unbedingtes Vorgehen des Abfindenden sich weit eher vertheidigen ließe, als ein Zurückstehen desselben, bei dem der Abfindende nicht selten das leere Nachsehen haben kann. Daß der von Dernburg für die letztere Ansicht angeführte Grund nicht haltbar sei, haben wir schon oben gesehen. Für ein Vorgehen des abfindenden Gläubigers ließe sich aber ganz dasselbe sagen, was so eben für den Vorrang des creditor ob utilitatem im Fall des Schlußsatzes der L. 7 pr. cit. angeführt worden ist. Auch derjenige, der nur einen Theil der Hypothekarforderung abfindet — vorausgesetzt eben, daß der Vorpfandgläubiger hiezu Einwilligung gibt —, kann unter Umständen hiedurch wenigstens das bewirken, daß die Sache nicht von dem ersten Pfandgläubiger zu einem Preis losgeschlagen werden muß, bei dem (sc. im einzelnen Fall) nicht nur die Wirksamkeit der Nachpfandrechte, sondern auch der ganze Forderungsrest des ersten Pfandgläubigers verloren ginge; durch das, wenn gleich blos theilweise, Eintreten des Nachpfandgläubigers und das hierdurch ermöglichte Abwarten besserer Zeitumstände kann also nicht blos die Lage der nachstehenden Pfandgläubiger, sondern selbst die des abgefundenen wesentlich verbessert werden, und man möchte darnach wenigstens in einem solchen Fall und gestützt auf die Analogie des (richtig ausgelegten) Schlußsatzes der L. 7 pr. cit. das unbedingte Vorgehen des abfindenden Gläubigers vertheidigen. Indeß haben wir bereits bei einer andern Veranlassung ausgesprochen, wie wenig eine solche individualisirende Anwendung einer gesetzlichen ratio, welche die Richter zu, wenn auch nicht beabsichtigten, Willkürlichkeiten führen müßte, dem Geiste des römischen Civilrechts und, wie wir hinzusetzen dürfen, des Civilrechts überhaupt entspricht. Wir müssen uns demnach gerade so für eine Concurrenz pro rata aussprechen, wie sie in L. 7 pr. für den Fall des Zusammentreffens zweier privilegirter Gläubiger ob utilitatem festgesetzt ist. Der Abfindende soll eben in die Stelle, in den Kreis des Abgefundenen einrücken; nimmt nun der Vorpfandgläubiger Stückzahlung an, so könnte man zunächst

sagen, daß er damit sein Pfandrecht für den Forderungsrest nicht aufgebe, solches vielmehr nach wie vor gerade so geltend machen könne, wie im Fall einer Theilzahlung ohne hypothekarische Succession, z. B. Abzahlung durch den Schuldner selbst aus einem angefallenen Legat; dem abgefundenen Gläubiger könne es ganz gleichgültig sein, ob ihn der Schuldner so oder auf andere Weise abzahle; seine Befriedigung erfolge ja ganz ohne seine Zuthun, und wenn er Stückzahlung zugebe, so könne ihm hieraus keinerlei Präjudiz erwachsen, d. i., wenn auch in solchem Fall eine hypothekarische Succession eintrete, so dürfe doch er so wenig darunter leiden, als bei einer Abzahlung ohne solche, indem es ja für ihn gar nicht geboten sei, sich nach den näheren Umständen, unter denen die Zahlung erfolge, auch nur zu erkundigen. Die hypothekarische Succession trete ja nicht mit seinem Zuthun, sondern kraft unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung ein. Eine solche Argumentation hätte viel Bestechendes und wäre jedenfalls richtiger, als die Anwendung des in der französischen Jurisprudenz früher häufig citirten, übrigens den Rechtsquellen in dieser Form unbekannten Satzes: „Creditor non videtur cessisse contra se" auf unsere Controverse.[41]) Nichtsdestoweniger müssen wir uns für die Concur-

41) Hiebei wird sich fast regelmäßig auf Du Moulin de usuris quaest. 89 berufen, der diesen, an sich richtigen, Satz auf arg. L. 6 §. 4 D. de peculio legato (XXXIII, 8) stütze. Allein die hypothekarische Succession geht ja als solche ohne Zuthun des Vorpfandgläubigers vor sich. Der Code civil bestätigte übrigens die diesfällige ältere Praxis, indem er in Art. 1252 bestimmt: „elle (sc. la subrogation) ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel" und Lassaulx bemerkt zu diesem Artikel (Bd. 4 Abth. 1 S. 98): „Man kann von demjenigen, welcher dem Gläubiger einen Theil seiner Forderung bezahlt hat, nicht vermuthen, daß er ein Recht gegen ihn oder eine Concurrenz mit ihm habe erwerben wollen," — worin man beinahe eine fahrlässige Umkehrung des obenerwähnten Satzes: creditor etc. erblicken möchte. — Daß die französische Praxis hiebei vielfach von irrigen Voraussetzungen ausging, beweist Pothier Recueil des divers traités sur les hypothèques. Ed. Hutteau Tom. I Paris 1809 p. 61, der nach Bezeugung der constanten Praxis für den Vorzug des

renz der beiden Gläubiger entscheiden. Es ist wahr, die hypothekarische Succession beruht auf gesetzlicher Bestimmung; aber findet nicht das Gleiche auch bei dem privilegirten Pfandrecht wegen in rem versio statt? Es ist wahr, der Vorpfandgläubiger braucht sich nicht zu erkundigen, ob er von dem Schuldner aus dessen eigenen Mitteln oder aber aus solchen eines Darleihers, der sich dafür an derselben Sache ein Pfand bestellen ließ, befriedigt werde? Ist es aber anders bei der in rem versio? Muß hier der ältere Pfandgläubiger vorher darüber in Kenntniß gesetzt werden, daß ein Anderer sein Geld zur Anschaffung, Erhaltung oder (nach Justinianischem Recht) zu bloser Verbesserung der Sache herzuleihen im Begriff sei? Steht ihm ein Einspracherecht zu oder muß er es nicht dem Schuldner überlassen, mit wem dieser einen entsprechenden Contract eingehen will? Oder, um unserer Frage näher zu rücken, wenn der Pfandschuldner von einem Gläubiger einen Theil der Mittel zur Erwerbung einer Pfandsache entnimmt, später aber den Rest von einem andern, ist zu dieser letztern Handlung etwa die Zustimmung des ältern Gläubigers nöthig, oder tritt der zweite nicht ganz unabhängig hievon kraft unmittelbarer

ursprünglichen Gläubigers fortfährt: „La raison est que le créancier qui est payé des deniers d'un autre, n'est obligé de le subroger qu'autant que la subrogation ne pourra lui préjudicier, et par conséquent, en subrogeant aux hypothèques de sa créance celui, des deniers duquel il est payé en partie, il est censé se préserver une préférance sur ce qui lui reste dû. Wie vielfach in der alten französischen Praxis Cession einer Pfandforderung und successio hypothecaria verwechselt worden sein müssen, geht u. A. daraus hervor, daß Heinrich IV. im Jahr 1609 eine Ordonnanz des Inhalts erlassen mußte, daß zu letzterer die Zustimmung des abzufindenden Pfandgläubigers durchaus nicht wesentlich sei, vgl Renusson traité de la subrogation chap. XV n. 6 Paris 1760 p. 115. Nichtsdestoweniger betont Renusson in seiner Vertheidigung des Vorzugsrechts des theilweise abgefundenen Pfandgläubigers immer noch, daß der abfindende Gläubiger ja gewußt habe oder doch bei sorgfältiger Erkundigung hätte wissen müssen, daß der abgefundene noch einen Rest zu fordern hätte: als ob dieses Wissen irgend erheblich wäre, während das Gesetz eben die Thatsache der Abfindung im Auge hat, gerade wie bei der bevorzugten Locirung des Gläubigers ob utilitatem die Thatsache der in rem versio.

gesetzlicher Bestimmung in Concurrenz? Auch bei der in rem versio also weiß der frühere Gläubiger nach Umständen gar nicht, ob der Schuldner die Sache aus eigenen Mitteln erworben hat oder aus fremden, und ob im letzteren Fall der Darleiher das Geld schlechthin oder mit dem Zweck der in rem versio vorgeschossen habe, und ob dieser Zweck verwirklicht worden sei. Wenn ferner ein Theil der Pfandsache mit den Mitteln des ersten Pfandgläubigers angeschafft ist, so weiß auch dieser nicht nothwendig, ob der andere Theil mit den eigenen Mitteln des Schuldners oder mit denen eines zweiten Gläubigers angeschafft wird, gerade so wenig als der Vorpfandgläubiger, den der Schuldner aus den Mitteln eines zweiten Gläubigers abfindet. Sollte also hier nicht dasselbe gelten, wie im Fall der Concurrenz zweier wegen versio in rem privilegirter Pfandrechte? Es erscheint dies gewiß auch, abgesehen von dieser Analogie, als das Natürlichste. Ist man einmal darüber im Reinen, daß eine hypothekarische Succession überhaupt bei theilweiser Abfindung Platz greift, so entspricht es gewiß auch sonstigen Rechtsgrundsätzen (bei der Societät, communio incidens u. s. f.), daß das Einrücken in das Vorzugsrecht pro rata der Forderung stattfindet. Durch dieses succedere in locum soll eben der nachfolgende Gläubiger gleichsam in das Herrschaftsgebiet des Andern eintreten; wenn aber kein genügender Rechtsgrund vorliegt, ihn vorzuziehen oder nachzusetzen, so ist nichts natürlicher, als daß nun dieses Herrschaftsgebiet unter den beiden Concurrenten gleichsam ideell getheilt, von beiden gleichmäßig durchdrungen wird: nur so ist der Begriff einer theilweisen hypothekarischen Succession — und deren Zulässigkeit haben wir ja angenommen — folgerichtig durchgeführt.

II. Wie hat man zu entscheiden, wenn zur Zeit des Concurses der Vorhypothekar keinen Rest mehr zu fordern hat, vielmehr sämmtliche Theile der Forderung successive von verschiedenen Gläubigern (unter den Voraussetzungen einer hypothekarischen Succession) abgetragen worden sind?

Dernburg glaubt hier aus seiner Annahme zu Punkt I die Consequenz ziehen zu müssen, daß der spätere Pfandgläubiger den früheren vorangehe, da jener ein den letztern vor-

gehendes Pfandrecht aus eigenen Mitteln getilgt habe. Allein zuvörderst scheint die Consequenz nicht eben unabweislich, sofern, wenn man auch dieses Vorzugsrecht nicht gerade als ein höchst persönliches anzusehen berechtigt sein dürfte, aus der Cessibilität desselben an sich noch kein nothwendiger Schluß auf die Frage des Uebergangs bei hypothekarischer Succession begründet scheint. Wenn nämlich der Cessionar als **procurator in rem suam** bei der Location gerade so zu berücksichtigen war, wie der Cedent, da ja sein Recht nach Inhalt, Umfang und Wirksamkeit aus der Person des Cedenten zu beurtheilen war, so verhielt sich dies bei der hypothekarischen Succession ganz anders. Hier bestand ja die alte Forderung ganz und gar nicht mehr, und es handelte sich dabei um ein außerordentliches Eintreten kraft Gesetzes in den Rang des Abgefundenen; warum nun hier in Absicht auf das Verhältniß der mehreren Abfindenden die Rangordnung des jüngeren Alters maaßgebend sein sollte, ist ebensowenig einzusehen, als daß etwa derjenige Pupill, der das Geld zu gemeinschaftlicher Anschaffung einer Sache später vorgeschossen, demjenigen, der dies früher gethan, vorgehen sollte. Die Jurisprudenz, die sich hier nicht, wie bei der Cession, an eine Willenserklärung des ursprünglichen Gläubigers und an das theilweise Fortbestehen der alten Forderung gebunden sah, durfte also hier gar wohl bei der Location ganz selbständigen Anschauungen über das, was hier gerecht erscheine, Raum geben, und sie dürfte auch hier ein Einrücken **pro rata** um so mehr angenommen haben, als kaum zu glauben ist, daß sie je dem Restgläubiger selbst ein Vorzugsrecht zugesprochen habe. Aus diesem durchgängigen Einrücken **pro rata** nach Analogie des bei Gemeinschaften Geltenden scheint mir endlich auch das sonst auffallende Schweigen der Quellen über diesen Punkt am ehesten erklärlich, man müßte denn freilich die Unzulässigkeit theilweiser hypothekarischer Succession annehmen wollen, wozu jedoch, wie wir gesehen haben, ein genügender Grund keineswegs gegeben ist.[42])

---

42) **Renusson l. c. chap. XVI n. 2 sq.** führt das Beispiel eines Prozesses an, wo von drei abfindenden Gläubigern der erste den Vorzug

§. 8. Ueber die Zulässigkeit der Abtretung eines dinglichen Vorzugsrechts an einen andern Gläubiger nach gemeinem Recht.

Die Frage, ob einem chirographarischen Gläubiger das dingliche Vorzugsrecht eines Pfandgläubigers gültig abgetreten werden könne, wird jetzt verhältnißmäßig nur noch selten erörtert; ohne Zweifel deshalb, weil sie nach den Grundsätzen des modernen Pfandrechts über Pfandbestellung als unpraktisch er-

---

der Zeit (nach Bartolus und Baldus „parceque, disent-ils, les privilèges se détruisant par leur concurs, il en faut revenir à la priorité du tems qui est le droit commun"), der zweite Concurrenz und der letzte das in der französischen Praxis schon vor dem Code anerkannte Vorzugsrecht des Vorhypothekars für den von ihm abgetragenen Rest der Forderung in Anspruch nahm, und spricht sich für die Concurrenz aller pro rata aus, indem er namentlich bemerkt ibid. n. 15: „Il est vrai que par une fiction favorable, par une grace singulière de la loi, quand le paiement du vendeur n'étoit pas consommé, cette partie qui restoit de sa créance, étoit préférable à l'autre, parcequ'il ne vendoit que pour être payé. Mais dès qu'il a été satisfait, dès que la libération a été consommée, sa préférance s'est anéantie par le payement. Solutione tollitur omnis obligatio. Il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur, quand il l'auroit voulu, de faire revivre un droit éteint, une exclusion injuste en tout autre que la personne du vendeur." — Könnte man freilich mit Toullier (Le droit civil français suivant l'ordre du Code Tom. VII §. 170) ein solches Vorzugsrecht als ein höchst persönliches ansehen, wogegen sich Troplong (Des privilèges et hypothèques Tom. I Paris 1838 §. 379) mit Recht erklärt, und was auch Renusson nicht annimmt, indem er es vielmehr bei einer eigentlichen Cession auf den Erwerber übergehen läßt, so würde sich der Zweifel schnell erledigen.

Eine interessante Frage ist endlich noch, welche Location eintrete, wenn der Käufer, um Vorhypothekare zu befriedigen, Geld von Dritten entlehnt und diese sich den Eintritt in deren Stelle ausbedingen. Sollen nun, wenn über das Vermögen des Käufers Concurs ausbricht, diese letztern Darleiher die Stelle der ältern Gläubiger einnehmen oder nicht? Meines Erachtens kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß die neuen Gläubiger, wenn sie sich von dem Schuldner des Kaufpreises an der diesem gehörigen Sache ein Pfandrecht bestellen lassen und die Befriedigung der Vorhypothekare mit ihrem Darlehen ausbedingen und wirklich bewirken, in deren Stelle eintreten. Der Fall ist nur deshalb etwas verwickelter, als derjenige des gewöhnlichen Abfindungsgeschäfts, weil es sich hier um Vorpfandrechte handelt, die nicht der das Anlehen machende Schuldner

scheint.[42a]) Und ebenso konnte nach classischem römischem Rechte darüber wohl kein Zweifel obwalten, daß eine solche Trennung des accessorischen dinglichen Rechts von der Pfandforderung principiell unzulässig wäre. Nach einer sogleich näher zu betrachtenden Constitution des nachclassischen Rechtes aber wird man allerdings kaum umhin können, eine Modification dieses Grundsatzes zuzugeben; ja man wird selbst diejenige Meinung nicht mit Sicherheit widerlegen können, welche auf Grund dieser

---

selbst, sondern sein auctor, d i. der Verkäufer, bestellt hatte. Man könnte behaupten wollen, daß sich die Voraussetzungen hypothekarischer Succession soweit nicht erstreckten. Hiezu läge aber weder ein besonderer Gesetzesgrund vor, noch ein solcher, der aus der allgemeinen Natur des Instituts zu schöpfen wäre. Nach den Gesetzen und aus innern Gründen muß es ganz gleichgültig sein, von wem der ältere Gläubiger sein Pfandrecht zuerst bestellt erhalten hat; genug, daß er vermöge seines dinglichen Rechts jeden spätern Pfandbesitzer in Anspruch nehmen kann und, wo es sich um Befriedigung aus der Pfandsache handelt, diese bestimmte erste, zweite u. s. f. Stelle einnimmt. Der neue Gläubiger, der ihn zufolge Vertrags mit dem Schuldner, d. i. Käufer abfindet, tritt an seine Stelle; daß auch dem Käufer selbst, wenn er eben den Vorhypothekar aus eigenen Mitteln (oder aus fremden, aber ohne daß ein Pfandrecht oder die Abfindung ausbedungen worden wäre) befriedigt hätte, die hypothekarische Succession zu Statten gekommen sein würde, kann hieran nichts ändern. Eine wahre Collision kann ja nie eintreten: denn entweder ist der Vorhypothekar schon von dem Käufer befriedigt, und dann ist eben dieser Vorhypothekar nicht mehr abzufinden, oder die Forderung des Vorhypothekars existirt noch, und dann ist kein Grund abzusehen, warum der Käufer nicht, wie jeder andere Schuldner, ein Pfandrecht an der Sache bestellen könnte, und warum dem neuen Pfandgläubiger nicht bei beabsichtigter und bewirkter Abfindung des Vorhypothekars ein Einrücken in dessen Rang gerade so zu verstatten wäre, wie in andern Fällen Sein eigenes Vorzugsrecht kann der Käufer nicht geltend machen, da eben im Abfindungsgeschäft ein unzweideutiger Verzicht darauf zu erblicken wäre. Nichtsdestoweniger gaben die französischen Parlamente in der Frage verschiedene Entscheidungen So erklärte sich das Pariser Parlament in einem Urtheil vom 7. September 1671 für den Vorrang der sämmtlichen übrigen Gläubiger des Verkäufers, was Renusson billigt (l. c. chap. XV n. 10, 11), in einem Urtheil vom 10. April 1677 für die entgegengesetzte Ansicht (Renusson l. c.). Die richtige Meinung findet sich auch vertreten bei Troplong l. c. §. 234.

42a) Vgl. hier Bolley Commentar zum Württ. Pfandgesetz S. 402.

Stelle[42b]) die Cession der blosen Hypothek an einen Chirographargläubiger im späteren römischen Recht für zulässig erklärt, zu so großen principiellen und praktischen Bedenken diese Ansicht auch immerhin unter allen Umständen Anlaß geben mag. An solchen Fragen zeigt sich eben aufs deutlichste, wie nothwendig für das Civilrecht ein System von festen, möglichst consequent durchgeführten allgemeinen Rechtsprincipien ist, und wie schädlich für die Rechtsordnung ein vereinzeltes Hineinpfuschen aus praktischen Rücksichten wird, sofern diese eben häufig in ihrer relativen Bedeutung überschätzt werden, oder, wo dies nicht der Fall sein sollte, die Einpassung in das gesammte Rechtssystem im Drang des Augenblicks häufig nicht mit der nöthigen Umsicht erfolgt. Letzteres ist namentlich manchen Constitutionen aus der späteren römischen Kaiserzeit nicht ohne Grund vorzuwerfen.[43])

42b) Uebrigens berief man sich regelmäßig auf andere Stellen, so insbesondere Cod. VIII, 31 de luit. pign. Cst. 2.

43) Die Frage, ob das Pfandrecht für sich, d. i. ohne die Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt war, abgetreten werden könne, ist unter den Juristen von jeher bestritten gewesen. Die Glosse des **Accursius** zu cst. 9 Cod IV, 39 de H. v. A. V. verneint sie im Hinblick auf die accessorische Natur des Pfandrechts. Der Postglossator **Dynus** dagegen meinte hier einen Unterschied machen zu sollen, und hielt die Cession der actio hypothecaria an den Schuldner selbst, worin allerdings, wenn er zugleich Pfandbesitzer ist, ein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht liegen dürfte, während sie als Cession natürlich gänzlich unwirksam ist, für zulässig: sonst nicht (nach dem Referat von **Cynus** ad cst. fin. C. IV, 39 de H. v. A. V.; ebenso der mit **Dynus** gleichzeitige **Durandus** Speculum juris Francofurti 1592 fol. P. II p. 81 Tit. de cess. act. n. 24). Die Autorität des **Bartolus** (ad L. 17 D. de fidejussoribus) und **Baldus** (ad cst. 9 C. de H. v. A. V.) aber, die sich für die unbedingte Zulässigkeit einer solchen Cession erklärten, scheint für die gleich zu erwähnende französische Praxis, sowie ohnehin auch für diejenige Italiens (vgl. ferner **Paulus Castrensis** ad cst. 9 Cod. cit., **Negusantius** tract. de pignoribus P. VI membr. 2 n. 5, Merc. **Merlinus** de pignoribus et hypothecis Genev. 1651 p. 121. Lib. II tit. 1 quaest. 35) und Spaniens (vgl. Alph. de **Olea** tr. de cessione jurium et actionum Genev. 1665 Tit. VI quaest. 6 n. 11, Petr. **Salazar** tract. de usu et consuetudine Francof. 1600 p. 382 cap. 11 n. 36) ziemlich entscheidend gewesen zu sein. In Deutschland findet sich als

Was nun weiter die Abtretung eines dinglichen Vorzugsrechts Seitens eines Pfandgläubigers an einen andern Hypothekar betrifft, so scheint diese zunächst unbedenklich und findet sich auch in den neuern Pfandgesetzgebungen gewöhnlich aner-

---

Anhänger dieser Ansicht (der schon von Mühlenbruch citirte) Christ. Lenz de nominibus et actionibus cessis Lips. 1661 p. 165. — Eine „pratique constante“ in dieser Richtung für Frankreich behauptend trat neuerdings mit großem Eifer für die Ansicht des Bartolus auf Troplong droit civil expliqué. Privilegès et hypothèques. Commentaire de la loi du 23 mars 1855. Dieses Gesetz ergänzte den Code civil dahin, daß die Wirksamkeit der Uebertragung dinglicher Rechte gegenüber von Pfandgläubigern durch die Insinuation (transcription) derselben bedingt sein soll; eine ähnliche Ergänzung erfolgte in Belgien durch Gesetz vom 16. Dezember 1851: vgl. Martou des privilèges et hypothèques Bruxelles Tom. I p. 23 ss. Allein wenn auch die Praxis Frankreichs in früherer Zeit ganz constant gewesen sein sollte, so sind doch neuerdings über deren Begründung auch dort erhebliche Zweifel kund gegeben worden. Bemerkenswerth ist namentlich, daß sich sowohl der Berichterstatter der über den Entwurf des Gesetzes von 1855 in der assemblée *législative* von 1850 niedergesetzten Commission, Mr de Vatismenil, als namentlich auch der Staatsrath aufs Entschiedenste wider die Zulässigkeit einer Cession der blosen Hypothek erklärten, und wenn Troplong seine Ansicht jetzt durch Art. 9 des Gesetzes sanctionirt findet, so ist auch hier, wie er selbst bemerkt, a. M. Benech du nantissement appliqué aux droits de la femme sur les biens de son mari n. 18 ss. Den Einwand von Vatismenil, daß ein Pfandgläubiger, der mehrere Pfänder hätte, damit eine Art von Handel treiben könnte, weist Troplong mit der Entgegnung zurück: „Chaque immeuble ne répond de la somme fixée que sous la condition que les autres immeubles ne la procureront pas.“ Allein hiemit sind jedenfalls weder die praktischen Schwierigkeiten gehoben, noch die Einwendungen juristischer Logik. In ersterer Hinsicht werfen wir nur die Fragen auf: Soll der Cessionar das Pfand erst versteigern können, wenn der Cedent die sämmtlichen übrigen Pfänder verkauft hat, um sich dann seinerseits insoweit zu befriedigen, als der Cedent durchgefallen ist, wobei eben vorauszusetzen wäre, daß nicht ein Theil seiner Forderung schon zuvor anderweitig befriedigt sein würde; denn um den Betrag dieses Theiles müßte sich doch wohl nach Troplong's Ansicht die Summe erhöhen, bis auf welche der Cessionar sich aus dem Erlös des weitern Pfands bezahlt machen könnte? — wiewohl freilich hier die Lage des dritten Pfandbesitzers zufolge der Cession verschlechtert würde! — Oder soll der Cessionar für seine fällige Forderung das ihm cedirte Pfandrecht jederzeit geltend machen können, vor dem wirklichen Verkauf aber

kannt.[44]) Im gemeinen Recht aber ist ihre Zulässigkeit ziemlich zweifelhaft, und verneint sie namentlich Dern-

---

nachzuweisen haben, daß der Werth der für die ursprüngliche Pfandforderung bestellten übrigen Pfänder dem Betrag dieser nicht gleich komme? Welcher Zeitpunkt soll für den Werth der Pfänder maßgebend sein? derjenige der Cession oder des durch den Cessionar bewerkstelligten Verkaufs? Soll es ferner nichts ändern, wenn zur Zeit der Cession die ursprüngliche Pfandforderung schon zum Theil abgetragen war? Wird nicht der ursprüngliche chirographarische Gläubiger, gerade in einer Zeit der Creditlosigkeit, wo die Güterpreise einen recht niedern Stand haben, am meisten auf Befriedigung dringen, während der Cedent nach Umständen bessere Conjuncturen abgewartet hätte? Und haftet nicht jedes der verschiedenen Pfänder für die ganze Forderungssumme. Wäre es also nicht willkürlich, wenn man einmal Cession der blosen Hypothek für möglich hält, den Cessionar erst subsidiär für berechtigt zu erklären? Allerdings könnten sich Cedent und Cessionar über diese Fragen ins Benehmen setzen und etwa dem Schuldner ihre Convention denunziren! — Sollte hier nicht vor Allem ein besonderes Gesetz über alle diese Fragen höchst nothwendig sein? — Hätten wir blos das innere juristische Verhältniß des Pfandes zur Pfandforderung, wie wir es in unserm Rechtssystem überall ausgedrückt finden, zu betrachten, so wären wir allen diesen Schwierigkeiten enthoben, und wir könnten darnach mit Bestimmtheit sagen: Das einzelne Pfand haftet mit andern Pfändern eben nicht für eine abstracte Summe, sondern für eine bestimmte Forderung. Allerdings kann der Pfandgläubiger auf alle oder einen Theil seiner Pfänder verzichten; allein die chirographarische Forderung eines Andern mit Pfandsicherheit zu versehen, steht ihm nicht zu: es kann dies vielmehr blos durch Pfandbestellung Seitens des Schuldners (wenn man eben von Legalhypotheken absieht) geschehen. Das Belieben der Privaten findet auch im Vermögensrecht seine Gränze an gewissen Pfeilern des Rechtsgebäudes, die nicht versetzt werden können, ohne die so nothwendige Festigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs in hohem Grad zu gefährden. Wenn das Gesetz den Pfandgläubigern vermöge ihres dinglichen Rechts eine bevorzugte Stellung einräumt, mit der sie sich im römischen Recht gar nicht in den Concurs einzulassen brauchten, so wäre es offenbar eine Anomalie, welche klar sanctionirt sein müßte, mit den Pfandgläubigern vermöge Rollenwechsels auch blos persönlich Berechtigte rangiren zu lassen. Indeß werden wir sogleich eine Verordnung des Kaisers Anastasius aus dem Jahre 517 n. Chr. kennen lernen, zufolge deren diese Grundsätze aus gewissen praktischen Rücksichten als modificirt, wenn nicht aufgehoben gelten müssen.

44) Vgl. namentlich das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern vom 1. Juni 1822 §. 62, das Württ. Pfandgesetz vom 15. April 1825

burg[45]) auf den Grund der accessorischen Natur des Pfandrechts auf's bestimmteste.

Es möge mir vergönnt sein, diese Frage zunächst auf analytischem Weg zu behandeln. Setzen wir den Fall: Primus fordert 1000, Secundus 2000, Tertius 1000 Gulden, je mit Pfandrecht auf ein Haus, das im Gant zu 2500 Gulden verkauft wird. Hier erhält A 1000 und B 1500. Wenn aber der Schuldner schon vorher dem A 500 abgezahlt hat, so erhält A 500, B 2000. Setzen wir nun aber weiter, daß A zur Zeit, als seine Forderung noch 1000 betrug, dem C die Priorität gültig für diese Summe einräumen könnte, so erhielte im Concurs C 1000, B nur 1500 und fiele mit 500 durch. Die Interessen der in der Mitte stehenden Gläubiger werden also durch einen solchen Vertrag wesentlich berührt, und es erscheint deshalb zunächst von dem praktischen Standpunkt aus die Uebertragung eines Vorzugsrechts von einer Pfandforderung auf die andere jedenfalls dann bedenklich, wenn man ihr die Folge beimißt, eine nachstehende Forderung schlechthin bis auf den Betrag der vorgehenden, wie dieser zur Zeit der Cession existirte, in deren Stelle einrücken zu lassen. Zum gleichen Ergebniß dürfte auch eine mehr theoretische Betrachtung der Dinge führen. Bei der Frage nach der Locirung mehrerer Pfandrechte muß man sich der Natur der Sache nach in den Zeitpunkt der wirklichen Collision der verschiedenen Pfandforderungen versetzen. Erst in diesem Augenblick war ursprünglich das Bedürfniß einer Rechtsnorm für die Location gegeben. Diese festigte sich nun bei den Römern dahin, daß in der classischen Zeit — abgesehen von der in rem versio — das Alter den Vorzug bestimmte. Daß aber diese Norm wenigstens in der ältern Zeit eine absolute, durch Privatwillkür nicht zu beseitigende gewesen, ergibt sich schon daraus, daß ursprünglich überhaupt ein zweites Pfandrecht an derselben Sache nicht schlechthin, sondern nur als ein durch die vorgängige Tilgung des ersten bedingtes galt, die

Art. 104 und das Sächs. Gesetz vom 6. November 1843 §. 9 (Günther, Concurs der Gläubiger S. 113).

45) Bd. 2 S. 475.

Abänderung dieses Verhältnisses aber durch Uebereinkunft der beiden Gläubiger ohne Zuziehung des Schuldners, der ja dem zweiten Gläubiger nur ein bedingtes Recht constituirt hatte, schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzulässig erscheinen mußte. Von diesem Standpunkt aus wurde, wenn ein Pfandgläubiger in die Einräumung einer Hypothek auf derselben Sache für einen Andern willigte, darin im Zweifel ein Verzicht auf das Pfandrecht überhaupt gesehen,[46]) woneben es natürlich zulässig blieb, daß der Schuldner bei Einholung der Zustimmung des bisherigen Pfandgläubigers diesem zugleich ausdrücklich oder nach unzweifelhafter Intention der Parthieen eine Nachhypothek, d. i. zu Anfang der classischen Epoche ein durch Abtragung der Vorschuld in seiner Entstehung bedingtes Pfandrecht bestellte.[47])

Wenn wir hiernach für das classische Recht die Abtretung eines Vorzugsrechts Seitens eines Pfandgläubigers an einen andern gleichfalls für unzulässig erklären, so können wir doch nicht umhin, für das spätere Recht eine Abweichung von diesem Princip zuzugeben. Es bestimmte nämlich Kaiser Anastasius in einem an den magister officiorum gerichteten Edikt[48]) Folgendes:

> Jubemus, licere mulieribus et pro uno contractu vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis seu rebus juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renuntiare, quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri; ita tamen, ut, si generaliter tali renuntiatione pro uno, ut dictum est, contractu seu certis contractibus, vel ad unam vel certas res seu personas consensum proprium accommodantes usae sunt vel fuerint, eadem renuntiatio ad illos contractus et illas res seu personas, quibus consensum proprium accommodaverunt vel accommodaverint, coarctetur, nec aliis quibusdam con-

46) Dig. XX, 6 quib. mod. pign. L. 12 pr.
47) Dig. XX, 4 qui potiores. L. 12 §. 4.
48) Cod. IV, 29 ad Sc. Vell. Cst. 21.

tractibus, quibus minime mulieres consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam opponendi licentia praebeatur. (517.)

Da es somit den Ehefrauen zusteht, von ihren Legalhypotheken zu Gunsten bestimmter Forderungen im Gegensatz zu andern keinen Gebrauch zu machen, und ihr diesfälliger Verzicht[49]) für sie bindend sein soll, so ist hiemit unzweifelhaft eine Art von hypothekarischer Succession vermöge Vertrags sanctionirt;[50]) ja nach dem allgemeinen Wortlaut der Stelle möchte man sogar annehmen, daß blos persönliche Gläubiger ein Eintrittsrecht gehabt hätten. Da indeß letzteres, namentlich für das römische Concursrecht, welches von dem Pfandgläubiger bekanntlich die Einlassung in den Gant keineswegs verlangte, eine im Zweifel nicht zu vermuthende Anomalie wäre, von der sich meines Wissens sonst keine Spuren zeigen, so muß man die Stelle doch wohl eher dahin beschränken, daß, wenn neben der Frau weitere Pfandgläubiger concurriren, kein chirographarischer Gläubiger solchen zufolge Verzichts der Frau vorgesetzt werden kann. Dagegen wird man allerdings eine weitere Beschränkung der allgemeinen Worte der cst. 21 cit.

---

49) Derselbe braucht nicht gerade ausdrücklich zu geschehen, sondern kann auch ein stillschweigender, ja blos gesetzlich zu fingirender sein (vgl. namentlich Dig. XX, 6 quibus modis pignus. L. 9 §. 1 und Kind quaest. for. Tom. IV cap. 26).

50) Mit Schweppe, System des Concurses der Gläubiger S. 161 „die ganze Renuntiation wegen Mangels des Interesse dann als unwirksam anzusehen, wenn, auch ohne daß der Renuntiant vorhanden wäre, dem Renuntiaten nichts zufallen würde", dürfte sich deshalb nicht empfehlen, weil eben der zu Gunsten bestimmter anderer Gläubiger Verzichtende im Zweifel so angesehen werden muß, daß er sich seiner Stellung wirklich zum Vortheil dieser zu entäußern, d. i. ihnen seinen Platz einzuräumen beabsichtigt habe: er wollte dem Renuntiaten einen Vortheil zuwenden, und es kann sein Wille nicht etwa im Zweifel deshalb als nichtig gelten, weil die Forderungen der in der Mitte befindlichen Gläubiger für sich allein den Pfanderlös erschöpfen würden. Gerade aus cst. 21 cit. geht ja hervor, daß ein solcher Verzicht die Lage anderer Gläubiger nicht verbessern soll: hiemit ist aber eo ipso ein Einrücken des Begünstigten an die Stelle des Verzichtenden bei dem spätern Concurs gegeben.

kaum rechtfertigen können und deshalb es für zulässig erachten müssen, wenn die Frau in Ermanglung anderer Pfandgläubiger auf ihr Pfandrecht in der Art bedingt verzichtet, daß nunmehr bis auf den Betrag des Erlöses aus dem durch den Pfandverzicht der gemeinen Masse anheimgefallenen Pfand, beziehungsweise, wenn der Erlös die Pfandforderung übersteigt, bis zu deren Betrag, gewisse persönliche Gläubiger in erster Stelle befriedigt werden, und sie dagegen an deren Stelle rangire. Von selbst scheint sich nämlich zu verstehen, daß die Rechte anderer Gläubiger durch ein solches Abkommen keinenfalls geschmälert werden dürfen. Es wird also namentlich auch der etwaige Ueberschuß des Pfanderlöses der gemeinen Masse anheimfallen, aus welcher die Frau, falls nämlich die Forderung des an ihrer Stelle eintretenden Gläubigers nicht geringer ist, als die ihrige, wo sie eben in Absicht auf den Mehrbetrag ihr Vorzugsrecht behält, lediglich an Stelle des chirographarischen Gläubigers bez. einer Mehrheit solcher, rangirt. Die Concurrenz eines chirographarischen Gläubigers mit andern Hypothekarien aber auf Grund eines Subrogationsvertrags der Frau möchte ich, wie gesagt, trotz des allgemeinen Wortlauts der Stelle nicht für gerechtfertigt halten, da sie dem Geiste des römischen Concursrechts zu widerstreiten scheint, und hier nicht dieselbe Analogie zutrifft, wie wir sie hinsichtlich des Eintrittsrechts verschiedener Pfandgläubiger unter einander bei der hypothekarischen Succession finden. Uebrigens setzt die Stelle offenbar die Zulässigkeit der Uebertragung des blosen Vorzugsrechts an Mitpfandgläubiger überhaupt, also auch für andere Personen, als Ehefrauen hinsichtlich ihrer Legalhypotheken, voraus, und dürfte nur insoweit eine Singularität zu Gunsten der letztern enthalten, als darin die von Andern unzweideutig zu erklärende Beschränktheit des Verzichts hier umgekehrt als sg. praesumtio juris aufgestellt wird.[51])

---

51) In diesem Sinn sah schon **Bartolus** ad cst. 21 cit. in der Verordnung des Anastasius eine Singularität zu Gunsten der Ehefrauen, während er im Uebrigen nach L. 12 pr. cit. im Zweifel die Annahme unbedingten Verzichts auf das Pfandrecht für begründet hielt. Dagegen hatten die Glossen des **Accursius** zu dieser Stelle, sowie zu

Dagegen möchte nach dem bereits oben in dieser Hinsicht Gesagten ein derartiger Verzicht auf das Pfandrecht zu Gunsten nachstehender Gläubiger diesen nur insoweit Rechte verschaffen, als der ursprünglich bevorzugte Pfandgläubiger selbst zur Zeit des Concurses noch eine Pfandforderung hat, beziehungsweise bis auf deren zu dieser Zeit noch erübrigenden Betrag. Und zwar gilt dies meines Erachtens nicht blos im Zweifel als Absicht des Abtretungsgeschäfts, sondern geradezu und schlechthin: weil wir eben nicht berechtigt sind, dem Belieben der Privaten in Absicht auf die Location einen weitern Spielraum zu gestatten, als das Gesetz unzweideutig zuläßt, zumal wenn die Interessen Dritter wesentlich berührt werden.

Die Analogie der hypothekarischen Succession dürfte sich

---

cst. 3 C. VIII, 26 de remiss. pign. unter Verwerfung der richtigern Ansicht des Hugolinus, der L. 12 in Gemäßheit der cst. 21 cit. eine künstlich beschränkte Deutung zu geben versucht und ganz allgemein im Zweifelsfall den Verzicht auf die blose Priorität angenommen. Eine vermittelnde Ansicht stellte später Salicetus (ad L. ult. Cod. de rem. pign.) auf, indem er so unterschied: „Aut consensus accommodatus est secundae obligationi vel personae, cui secundo obligatur, et verum dicit glossa: aut tantum est accommodatus debitori, et simpliciter de obligando, non dicto cui, et tunc verum dicit Bartolus: nec forte isto casu est differentia inter masculum et feminam.“ Diese letztere, auch von Salgado de Somoza labyrinthus creditorum III, 13 un. n. 19 gebilligte Meinung dürfte sich am Wenigsten empfehlen, und zwar sowohl in theoretischer, als in praktischer Hinsicht. Wie nämlich nach der richtigen Bemerkung von Negusantius (l. c. P. VI membr. 3 n. 18) die Anwendung ihrer zweiten Alternative auf Ehefrauen hinsichtlich ihrer Legalhypotheken entschieden zu tadeln ist, so geht wieder die erste Alternative in ihrer Einräumung an andere Personen zu weit. Was aber die praktische Durchführung betrifft, so dürfte die prozessualische Abwicklung der beiden Alternativen nicht selten, ja fast regelmäßig zu Weiterungen führen, insofern z. B. bei einem dem Schuldner gegenüber ertheilten anscheinend generellen Consens naturgemäß auch von dem besondern Anlaß dazu die Rede sein wird, wo dann die nachträgliche juristische Präzisirung gefallener Worte — eine derartige Rechtsregel vorausgesetzt — ziemlich heikel wäre. Wie prozessualisch rein, um mich so auszudrücken, stellt sich hingegen das Ergebniß, wenn im Zweifel bei Ehefrauen hinsichtlich ihrer Legalhypotheken das Minimum, in andern Fällen das Maximum des Verzichts, gemäß der altclassischen Regel, angenommen wird!

für die gegentheilige Meinung kaum geltend machen lassen. Bei dieser nämlich beruht das Eintrittsrecht auf einer nahe liegenden Billigkeit und auf überwiegenden Rücksichten der Creditbeförderung in bestimmten Fällen, die durch das Gesetz ausdrücklich und unzweideutig anerkannt sind: hier dagegen handelt es sich um die Zulassung eines Rollenwechsels zufolge Beliebens der Parthieen, die nur in einer einzigen Constitution im Allgemeinen sanctionirt und wobei es uns wohl erlaubt ist, die nähern Modalitäten aus dem Geiste des Concursrechts überhaupt zu ergänzen. Da wir nun in unserem Fall nirgends ein **succedere in locum** in der Weise anerkannt finden, wie dies bei der hypothekarischen Succession und ebenso bei der Abfindung privilegirter persönlicher Gläubiger der Fall ist, so sollte man, wie ich glaube, die Wirkung eines den classischen Rechtsgrundsätzen jedenfalls widerstreitenden Verzichts denn doch keinenfalls weiter annehmen, als man hiezu nach Inhalt der cst. 21 cit. genöthigt ist. Freilich scheint es andererseits wieder willkürlich, wenn man, die Uebertragung des Vorzugsrechts auch nach neuestem römischem Rechte noch für unzulässig erklärend, in cst. 21 cit. eine „wechselseitige Cession der entsprechenden Forderungsbeträge" unterstellt. Nicht ihr Forderungsrecht wollte die Frau veräußern und dagegen ein anderes sich abtreten lassen, sondern nur auf ihr gesetzliches Pfandrecht verzichten, aber auch auf dieses nicht unbedingt, sondern nur zu Gunsten gewisser Gläubiger. Und gewiß dürfen wir es nicht blos dem Anerkenntniß einer Cession des blosen Vorzugsrechts durch die neuern Gesetzgebungen, sondern einem ganz natürlichen Rechtsgefühl zuschreiben, daß noch heute kein Pfandgläubiger, der einem Andern ein Vorzugsrecht abtritt, hiebei an einen Austausch der beiderseitigen Forderungen denken wird. Freilich dürfen wir umgekehrt auch nicht daraus, daß neuere Gesetzgebungen in solchem Fall ein sofortiges Eintrittsrecht der spätern Pfandforderung an die Stelle der ältern nach deren Bestand zur Zeit des Abtretungsvertrags zugeben zu sollen glaubten, ohne Weiteres folgern, daß dies der Anschauung römischer Rechtswissenschaft gleichfalls habe entsprechen müssen.

Auch die weitere Annahme Dernburg's [52]), wonach er — unter Zugrundelegung einer Forderungencession — dem cedirten Betrag den Vorrang vor den andern Raten derselben Forderung des Cedirenden zuspricht, möchte sich kaum empfehlen, da vielmehr, von besonderem vertragsmäßigem Uebereinkommen abgesehen, lediglich Concurrenz der beiderseitigen Forderungen einträte. [53]) Dürfte man freilich bei der Erklärung, ein Vorzugsrecht abzutreten, eine Cession der beiderseitigen Forderungen unterstellen, so läge es nahe, dem Cessionar hier ohne Weiteres ein Vorzugsrecht einzuräumen, indem ja die Abtretung der Forderung lediglich zu diesem Zweck erfolgte. Diese Unterstellung ist aber eben nicht zulässig; wenn nun statt dessen der Weg erklärter Forderungencession betreten wird, so ist das Vorzugsrecht, als hiebei nicht selbstverständlich, unzweideutig festzusetzen. Auch mehrere successive Cessionarien in Absicht auf bestimmte Theile einer Forderung concurriren pro rata: nur natürlich, wenn der Cedent einem frühern Cessionar ausdrücklich ein Vorzugsrecht eingeräumt hatte, kann diesem auch durch einen spätern Cessionar nicht mehr präjudizirt werden. Ebenso geht, wenn der Cedent sich je ein Vorzugsrecht vor dem jedesmaligen Cessionar vorbehalten hatte, der jüngste Cessionar dem älteren vor.

Wenn weiter Dernburg bei einer Cession der Forderungen zum Zweck des Rollenwechsels annimmt, daß, „da das Geschäft nur den Vortheil des Tertius bezwecke, es bis zur Klagerhebung der Wahl des Tertius anheimgestellt bleibe, [54])

52) A. a. O. S. 476.

53) Vgl. hierüber Näheres bei Franc. de Ponte Decis. 84 n 23 sq., Vincent. de Franchis Decis. 260, Jo. Dom. Gaitus Pract. de credito cap. 4 quaesitum 11 n. 1834 sq. Nur freilich sind die grundverschiedenen Fragen über mehrmalige Cession derselben Forderung und über die einmalige Cession je verschiedener Theile einer Forderung in der Darstellung dieser älteren Schriftsteller nicht überall mit wünschenswerther Deutlichkeit auseinandergehalten.

54) Eine ähnliche Consequenz glaubte v. Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern S. 506 bei der nach diesem Gesetz zulässigen Abtretung des blosen Vorzugsrechts aus einer ähnlichen

ob er die Cession geltend machen wolle," so kann ich dies principiell nicht zugeben. Die Cession der Forderungen verliert nämlich durch die ihr zu Grunde liegende Absicht ihren Charakter nicht. Dem classischen römischen Recht schien eben eine Cession des Vorzugsrechts unzulässig; es kannte daher ebensowenig eine Cession der Forderungen zu diesem spezifischen Zweck, für die dann etwa besondere Grundsätze gegolten hätten. Dieses Umwegs würde es gar nicht bedurft haben, wenn man die Sache selbst gebilligt hätte. Wer nun jetzt diesen Umweg wählt, darf nicht daneben noch, so zu sagen, auf der geraden, aber verbotenen Straße wandeln wollen. Er muß vielmehr den Umweg machen, sollte dieser auch noch dazu weniger eben sein. Es liegt einmal eine wechselseitige Cession der Forderungen vor; die ursprüngliche Forderung des Tertius kann dem Primus Vortheile bieten, die seine eigene nicht hat; ihn an Ausbeutung dieser und überhaupt an Geltendmachung der cedirten Forderung, etwa gegen unvermuthet zu Wohlstand gelangte Bürgen, zu hindern, kann doch offenbar dem Tertius nicht bis zu seiner eigenen Klagerhebung zustehen. Dieses untergrübe ja vollständig die Sicherheit des Rechtsverkehrs und widerspräche allem Vertragsrecht. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob die Parthieen bei ihrem Geschäft ursprünglich nur den Vortheil des Tertius bezweckt hatten; sie schlossen eben einen Vertrag, und ein Rücktrittsrecht hätten sie sich ausdrücklich und unzweideutig bedingen müssen. Wenn Dernburg endlich, falls Tertius seine Forderung oder seinen Pfandanspruch durch eigene Schuld oder Zufall verloren hat, diesen der Befugniß zur Geltendmachung des Anspruchs des Primus verlustig erklärt, so halte ich auch dies in solcher Weise nicht für gegrün-

---

Prämisse ziehen zu können. Er meinte nämlich, daß, „wenn die neue Forderung gelöscht werde, auch die Abtretung des Rangs ihre Wirkung verliere, denn sie geschah nur zum Vortheil dieser Forderung; die andern Gläubiger können, so wenig dadurch etwas an ihrem erlangten Vorzug entzogen wurde, ebensowenig daraus einen höhern Vorzug vor der ältern Forderung ableiten, und derselben bleibt der Vorzug an der Stelle, wo sie eingetragen ist."

det. Es liegen vielmehr zwei Cessionen vor, von denen an sich, d. i. ohne besondere gegentheilige Stipulation, keine in ihrer Wirksamkeit durch die andere bedingt ist, und wobei in Absicht auf Zufall, Dolus und Culpa für jede derselben die hierin bei diesem Geschäft geltenden Grundsätze maßgebend sind.

Was endlich die Frage der Mitübertragung der Accessorien betrifft, so wird auch hier Dernburg durch seine Annahme über die modifizirte Gestaltung der Forderungencession bei beabsichtigter Uebertragung des blosen Vorzugsrechts (wodurch dessen Anfangs verworfene Zulässigkeit hinterher, wenn ich mich so ausdrücken darf, wieder hereingeschmuggelt wird) zu offenbar unrichtigen Resultaten geführt. Er glaubt nämlich so entscheiden zu sollen:

„Insoweit Primus ein Interesse hat, jene Accessorien nicht zu übertragen, ist die Absicht einer Cession derselben nicht anzunehmen. Bleibt also dem Primus — weil seine Forderung die des Tertius übersteigt — ein Rest der ursprünglichen Forderung, so kann er allein die hiefür gestellten Bürgen und andere Pfänder angreifen. Hat dagegen Primus gar kein Interesse mehr an der Nichtübertragung der Accessorien, handelt es sich daher nur darum, ob dieselben völlig befreit sind oder mitcedirt wurden, so werden wir sie als mitübertragen ansehen, da der Verzichtende offenbar mehr den den Verzicht Entgegennehmenden, als jene Accessionen begünstigen wollte."

Auch hier gelten vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Mitübertragung der Accessorien bei cedirten Forderungen, d. i. es concurriren in Absicht auf Befriedigung aus denselben Cedent und Cessionar, soweit sie nicht aus der Hauptobligation befriedigt wurden, im Collisionsfall, je nach der Quote ihres Forderungsbetrags zur ursprünglichen Forderung. Warum, wie Dernburg will, der Cessionar einerseits hinsichtlich der Hauptobligation dem Cedenten unbedingt vorgehen, anderseits hinsichtlich der Accessorien demselben unbedingt nachstehen sollte, dafür fehlt es an jedem genügenden juristischen Grund. Daß sich durch eine solche Annahme die Interessen Beider zufällig im einzelnen Fall ausgleichen könnten, darf natürlich nichts entscheiden; eine solche rein factische Erwägung lag gewiß auch

Dernburg fern. Vielmehr erklären sich alle diese schiefen Behauptungen nur aus dem oben erwähnten Bestreben, die principiell für unzulässig erkannte Cession des blosen Vorzugsrechts durch eine nach den Zwecken dieser in ihrem juristischen Wesen modifizirte, in dieser Weise aber dem römischen Recht fremde Forderungencession indirect juristisch zu ermöglichen.

X.

Ueber das Recht des Nießbrauchers an mineralischen Produkten, insbesondere Bergwerkserzeugnissen.*)

Von Herrn **Otto Schröder**,
Auscultator in Halle.

Der wirthschaftliche Zweck, welcher in dem Institut des Nießbrauches verwirklicht werden soll, besteht darin, daß einem Nichteigenthümer ökonomisch die Vortheile des Eigenthums gewährt werden sollen, ohne daß er doch juristisch die Stellung eines Eigenthümers verlangt und ohne daß daher die zum Nießbrauch gegebene Sache definitiv dem Vermögen des wirklichen Eigenthümers (dem man jetzt freilich nur noch eine nuda proprietas zuschreiben kann) entzogen wird. Der Nießbraucher hat daher das Recht auf allen Vortheil, den die Sache durch ordnungsmäßigen Gebrauch gewähren kann.

---

*) Diese Abhandlung war von dem Verfasser als Probearbeit für eine erste juristische Prüfung bestimmt und tritt nur auf meine Aufforderung vor ein größeres Publikum. Ich bin aber überzeugt, daß die Leser des Archivs mit nicht geringerm Vergnügen, als ich selbst, von einer so gründlichen und scharfsinnigen Bearbeitung einer theoretisch ebenso interessanten, als praktisch wichtigen Frage Kenntniß nehmen werden, und benütze zugleich gerne die Gelegenheit, den talentvollen und vielversprechenden Verfasser, meinen früheren Zuhörer, in den juristischen Schriftstellerkreis und die Zahl der Mitarbeiter dieser Zeitschrift einzuführen.
Fitting